

## VU Research Portal

### Een slechte toekomst is geen toekomst. Het belang van het toekomstig kind als rechtvaardiging van gedwongen anticonceptie

ten Haaf, L.

#### ***published in***

Nederlands Juristenblad  
2012

#### ***document version***

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

ten Haaf, L. (2012). Een slechte toekomst is geen toekomst. Het belang van het toekomstig kind als rechtvaardiging van gedwongen anticonceptie. *Nederlands Juristenblad*, 1176-1181. [968].

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

This is a postprint of

---

**Een slechte toekomst is geen toekomst. Het belang van het toekomstig kind als rechtvaardiging van gedwongen anticonceptie**

Haaf, L. ten

Nederlands Juristenblad, 1176-1181

---

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/40409>

**(Article begins on next page)**

# Een slechte toekomst is geen toekomst

## Het belang van het toekomstige kind als rechtvaardiging van gedwongen anticonceptie.

Door Lisette ten Haaf

### Inleiding

De laatste jaren wordt in Nederland steeds vaker de vraag gesteld<sup>1</sup> of het mogelijk is om bepaalde groepen mensen te verplichten tot anticonceptie. Het meest belangrijke argument daarvoor is dat bepaalde mensen niet geschikt zijn als ouder en dus een gevaar kunnen zijn voor het toekomstige kind. Zo is de vraag of gedwongen anticonceptie niet beter is, gesteld met betrekking tot verstandelijk gehandicapten<sup>2</sup>, junks<sup>3</sup> en ouders bij wie eerder is gebleken dat wiens opvoeding ernstig tekortschiet, zogenaamde falende opvoeding<sup>4</sup>. Voorstanders wijzen op de begrijpelijke vraag of het niet beter is om te voorkomen dat een kind slachtoffer wordt van ernstig falende opvoeding. Dit punt werd onlangs nog onder de aandacht gebracht in een uitzending van Zembla<sup>5</sup>. Wat in de uitzending echter nauwelijks aan bod kwam en wat vaak in deze discussie onbesproken blijft, is dat het voorkomen van slachtofferschap tegelijkertijd het voorkomen van het bestaan van het kind betekent.

In een poging de discussie terug te brengen in de Tweede Kamer heeft PvdA-lid Marjo van Dijken in 2010 een initiatiefnota opgesteld om gedwongen anticonceptie mogelijk te maken in geval van onverantwoord ouderschap.<sup>6</sup> De bestaande maatregelen zouden niet voldoende zijn om nieuwe (nog te verwekken) kinderen te beschermen tegen hun ouders. Daarom zou het beter zijn

---

<sup>1</sup> Uit de initiatiefnota blijkt dat een groot deel van de bij dit probleem betrokken professionals (kinderrechters, de kinderscherming en jeugdzorg) achter deze oplossing staan. Kamerstukken II, 2009-2010, 32 405, nr. 2, p. 1-2. Zie ook Zembla 'vader en moeder: ongeschikt', Vara Nederlands 2, 13 april 2012 en 'gedwongen conceptie is soms noodzakelijk', *NRC Handelsblad* 13 april 2012.

<sup>2</sup> P. Vlaardingerbroek, 'gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van de kinderscherming?', in: AA 2007, p. 589 – 597.

Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag: Gezondheidsraad, 2002; publicatie nr 2002/14.

<sup>3</sup> Boonekamp, G. de Wert en R. Berghmans, 'Geef junk geld voor geboortebeperring', *NRC* 9 november 2010.

<sup>4</sup> N Smet, 'Als je haar kind afpakt, neemt ze meteen een nieuwe', in: *NRC next* 2 september 2011, p. 18-19.

C. Hendriks, 'voorkomen is beter dan genezen', in: AA 2010, p. 304-306. Het laatste artikel gaat in op het embryo.

<sup>5</sup> Zembla 'vader en moeder: ongeschikt', Vara Nederlands 2, 13 april 2012

<sup>6</sup> De initiatiefnota richt zich uitsluitend op ouders "waarvan kinderen uit huis geplaatst moesten worden om zij niet in staat bleken te zijn die kinderen op te voeden, dan wel waar sprak was van geestelijke of lichamelijke verwaarlozing." Kamerstukken II, 2009-2010, 32 405, nr. 2, p. 1. De nota richt zich niet op junks of verstandelijk gehandicapten.

om in de meest extreme gevallen anticonceptie op te leggen als ultimum remedium om te voorkomen dat deze toekomstige kinderen worden geboren. Ter rechtvaardiging van deze maatregelen wordt er ten behoeve van het niet-bestaande kind een beroep gedaan op de vermeende fundamentele rechten van het kind uit het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK).<sup>7</sup>

Er zijn echter juridische bezwaren tegen gedwongen anticonceptie. Een dergelijke maatregel is echter zeer ingrijpend, mede omdat het een inbreuk maakt op fundamentele rechten van de potentiële ouders, zoals het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het recht op voortplanting zoals dat sinds kort erkend wordt onder art. 8 EVRM.<sup>8</sup> Bovendien is het niet duidelijk of er wel een wettelijke basis is voor een dergelijke dwangbehandeling, bijvoorbeeld op basis van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst.<sup>9</sup>

Daarbij is in mijn ogen de argumentatie ter rechtvaardiging van de maatregelen niet overtuigend vanuit rechtstheoretisch perspectief. In de initiatiefnota worden de rechten van de ouders afgezet tegen de rechten van bestaande<sup>10</sup>, maar ook en met name van toekomstige kinderen. Hoewel mogelijk ook pragmatische zaken een rol spelen, wordt het beschermen van het toekomstige kind gebruikt als hoofdargument ter rechtvaardiging. Hierbij gaat de nota voorbij aan de vraag in hoeverre nog niet verwekte kinderen überhaupt rechten toegekend kunnen worden. Is het niet beter om te spreken in termen van belangen en zo ja, is een dergelijke maatregel wel in het belang van het toekomstige kind? Het opleggen van de maatregel betekent immers dat het kind in kwestie nooit zal bestaan.

In dit artikel wil ik onderzoeken of een beroep op de status (als rechtssubject of beschermingswaardig) van het toekomstige kind de inbreuk op de fundamentele rechten van de ouders kan legitimeren. Hiertoe zal eerst worden ingaan op de vraag of een nog niet bestaand kind überhaupt de drager van rechten kan zijn. Zelfs als dit wordt aangenomen, kan een beroep

---

<sup>7</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 405, nr. 2, p. 13-14.

<sup>8</sup> EHRM 10 april 2011 (*Evans vs. UK*) en EHRM 3 november 2011 (*S.H. e.a. vs. Austria*). Uit beide zaken blijkt dat het recht om een genetisch verwant kind te krijgen niet absoluut is.

<sup>9</sup> Een geneeskundige behandeling vereist in beginsel toestemming en een dwangbehandeling kan alleen plaatsvinden ter voorkoming van ernstig gevaar voor de patiënt zelf.

<sup>10</sup> Als een extra argument noemt de initiatiefnota de belangen van bestaande kinderen. Door de komst van een nieuw kind kan het moeilijker zijn om bestaande, bij de ouders weggehaalde kinderen weer met de ouders te herenigen. Het is echter onduidelijk in hoeverre een dergelijke hereniging verstoord wordt en om hoeveel gevallen het gaat, en om die redenen of een beroep op de belangen van een bestaand kind haalbaar is. Daarom, en omdat de bescherming van het toekomstige kind vrijwel altijd als hoofdargument dient, zal de focus van dit artikel liggen op toekomstige kinderen.

op de rechten van het kind wel het doel dienen dat het kind nooit zal bestaan? Vervolgens, als er moet worden gesproken in termen van belangen, zal uiteengezet worden in hoeverre het genoemde belang van het toekomstige kind kan dienen als rechtvaardiging van de maatregel. Tot slot wil ik nog enkele risico's van de anticonceptiemaatregel in het algemeen aan de orde brengen. De focus van dit artikel zal gericht zijn op de initiatiefnota, omdat hierin de anticonceptiemaatregelen het meest concreet zijn uitgewerkt en onderbouwd.

### **Een beroep op kinderrechten**

Een inbreuk op fundamentele rechten uit bijvoorbeeld het EVRM is mogelijk mits is voldaan aan de rechtvaardigingsvereisten. Een van deze vereisten is een legitiem doel; een inbreuk is mogelijk als deze bijvoorbeeld noodzakelijk is voor de bescherming van rechten van anderen. Het belangrijkste argument voor gedwongen anticonceptie is over het algemeen dat op deze manier het kind het beste wordt beschermd, maar de initiatiefnota gaat nog een stap verder; daarin wordt zelfs een beroep gedaan op de rechten van het toekomstige kind. Vanuit retorisch oogpunt gezien is dit begrijpelijk. Immers, de fundamentele rechten van de potentiële ouders staan op het spel; een gerechtvaardigde inbreuk hierop vergt een zwaarwegend contrabelang. Echter, men kan pas drager van rechten zijn als men een rechtssubject is en dat is pas vanaf de geboorte.<sup>11</sup>

Toch kan iemand tijdens zijn leven schade ondervinden die zijn oorsprong vindt voor zijn geboorte of zelfs zijn conceptie. Het is goed te begrijpen dat men ook deze schade wil voorkomen. De in de initiatiefnota aan het toekomstige kind toegeschreven rechten anticiperen dan ook op zijn bestaan als persoon en rechtssubject. Hiermee wordt het tijdstip van de juridische geboorte eigenlijk radicaal vervroegd. De juridische geboorte, dus het ontstaan van een rechtssubject, vindt plaats voor de feitelijke geboorte.

In beginsel lijkt het verleggen van het moment van de juridische geboorte mogelijk dankzij de zogenaamde nasciturus-fictie.<sup>12</sup> Op grond van art. 1:2 BW is het mogelijk om het kind als

---

<sup>11</sup> P. Vlaardingebroek, Groene Serie Personen – en Familierecht, 2 De rechtspositie van de ongeborene, bij: Burgerlijk Wetboek Boek 1, Artikel 3.

B van Beers, , *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 231.

G. den Hartogh, 'prenatale en postmorale schade. Temporele grenzen van rechtssubjectie', in: *NJB* 2010, p 778.

<sup>12</sup> Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur. Hij die geboren zal worden, wordt als geboren aangemerkt voor zover zijn belang dit vordert.

geboren aan te merken voor zover zijn belang dit vordert. Een belang bij schadeveroorzakend handelen of nalaten tijdens de zwangerschap kan doorwerken tot na de geboorte, zodat het kind, eenmaal ter wereld gekomen, achteraf alsnog kan optreden tegen de schade die het tijdens de zwangerschap is opgelopen.<sup>13</sup> Het invoeren van de nasciturus-fictie in deze casus stuit echter op enkele juridisch-technische en theoretische bezwaren.

Nog afgezien van de vraag of art. 1:2 BW alleen in vermogensrechtelijke context ingezet kan worden of ook toeziet op gezondheidsrechtelijke belangen, is een belangrijk bezwaar de terugwerkende kracht van het artikel. Pas als het kind geboren is, kan men, als het belang van het kind dit vordert, terugvallen op de fictie dat het kind juridisch al geboren was, terwijl het feitelijk nog in de buik zat.<sup>14</sup> <sup>15</sup> De nasciturus-fictie heeft niet de strekking om kinderen al voor hun geboorte rechten toe te kennen. Dit wordt benadrukt door de tweede zin van het artikel: “Komt het [kind] dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan”. Dit brengt ons bij het volgende bezwaar. Door het opleggen van anticonceptie, zal het kind nooit geboren worden en wordt het dus geacht ‘nooit te hebben bestaan’. Er is dan nooit sprake geweest van een rechtssubject met rechten. Een mogelijkheid om de juridische geboorte te vervroegen en op die manier de belangen of rechten van het toekomstige kind te erkennen, vervalt.

Door het lezen van de wettekst stuiten we op een derde hindernis. Het artikel spreekt duidelijk over het kind waarvan de vrouw *zwanger* is. Op het moment dat anticonceptiemaatregelen opgelegd worden, is er nog geen zwangerschap omdat het kind nog niet verwekt is. De nasciturus-fictie wordt in de initiatiefnota opgerekt tot wat men zou kunnen noemen een *concepiturus-fictie*<sup>16</sup>, wat een erg vergaande verruiming is. Het betreft immers niet een concreet individu of zelfs maar een specifieke foetus. De rechten worden toegekend aan iets wat nog niet eens een levend organisme is, maar aan een zeer abstract, nog niet bestaand gegeven. Het beroep op de rechten van het ongeboren kind is dus niet mogelijk.

De reden die aangevoerd wordt om toch de rechten van het niet-bestaande kind in de beslissing te betrekken, komt voornamelijk neer op het idee dat voorkomen beter dan genezen is. In de nota

---

<sup>13</sup> B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 316.

<sup>14</sup> J. de Boer, *mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 1 personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 22.

<sup>15</sup> Uitzondering hier is het gebruik van art. 1:2 voor ondertoezichtstelling van ongeborenen, dus in combinatie met art. 1:254 BW.

<sup>16</sup> “Hij die nog verwekt moet worden”.

is te lezen dat: “In gevallen waarin deze aannemelijke kans op schending van kinder(grond)rechten al bestaat voordat sprake is van een kind of zelfs een zwangerschap, dient die een rol te spelen bij de anticonceptiebeslissing.”<sup>17</sup> Zelfs als er vanuit gegaan moet worden dat een beroep op fundamentele rechten in een dergelijke situatie mogelijk is, moet worden nagegaan of een dergelijk beroep zijn doel niet voorbij schiet.

In de initiatiefnota wordt een beroep gedaan op verschillende bepalingen uit het Internationale Verdrag betreffende de Rechten van het Kind (IVRK), namelijk het recht dat de belangen van het kind voorop staan bij de afweging van maatregelen (artikel 3 IVRK); het recht op ontwikkeling (artikel 6); het recht op gezinsleven (artikel 9); het recht op een toereikende levensstandaard (artikel 27) en tot slot de verplichting dat de overheid maatregelen moet nemen om geweld tegen kinderen tegen te gaan (artikel 19). Gezien de inhoud van artikel 3 IVRK, dat meer toeziet op de belangen van het kind in abstracto, zal ik hier later afzonderlijk op terug komen, wanneer ik dieper inga op de belangen van het ongeboren kind.

Naar mijn idee is een beroep op artikelen 6, 9 en 27 IVRK niet mogelijk om gedwongen anticonceptiemaatregelen te legitimeren. Als een anticonceptiemaatregel opgelegd zou worden, dan zou dit logischerwijs tot gevolg hebben dat het kind nooit zal bestaan. Een kind zal zich dan nooit kunnen ontwikkelen, noch zal er sprake zijn van een gezinsleven van het kind of een behoefte aan een adequate levensstandaard. Volgens de redering van de initiatiefnota zal bijvoorbeeld een beroep op het recht op leven en ontwikkeling ervoor zorgen dat het kind zich nooit zal kunnen ontwikkelen, omdat het nooit zal komen te bestaan. Is hier niet de grens om een beroep te doen op rechten en vrijheden bereikt? Volgens de liberale filosoof John Stuart Mill kan vrijheid niet gebruikt worden om diezelfde vrijheid te beëindigen.<sup>18</sup> Een (anticiperend) beroep op fundamentele rechten dient daarom ook niet gebruikt te worden om een situatie te creëren waarin een beroep op deze rechten niet meer nodig zal zijn, omdat er geen subject is. De erkenning van de rechten (en daarmee de erkenning van het subject) resulteert in het niet-bestaan van het subject. In andere woorden, het beroep op deze rechten is een *contradictio in terminis*. Een beroep op artikel 19 IVRK, de verplichting dat de overheid maatregelen ter voorkoming van geweld tegen kinderen moet nemen, lijkt in eerste instantie wel te kunnen. De overheid neemt immers maatregelen ter voorkoming van geweld tegen kinderen. Echter, gezien de strekking van

---

<sup>17</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 405, nr. 2, p. 14.

<sup>18</sup> J.S. Mill, *On liberty*, Mineola: Dover publication 2002, p. 87.

verdrag is het niet logisch dat een beroep op artikelen uit het verdrag ingezet kan worden om te voorkomen dat er kinderen verwekt zullen worden. Een beroep op artikel 19 is misschien wel mogelijk volgens de letter van de wet, maar niet volgens de ratio, nu de erkenning van de toepassing en daarmee de erkenning van het subject, het kind, betekent dat er nooit een subject zal bestaan.<sup>19</sup>

### **Een belang bij niet-bestaan**

Nu er niet gesproken kan worden in termen van rechten is het relevant om te kijken hoe er dan wel ruimte gemaakt kan worden voor de rol van het toekomstige kind. Waar het ontbreken van de rechtssubjectiviteit voorkomt dat er aan het toekomstige kind rechten worden toegekend, kan men wel spreken van de belangen.<sup>20</sup> Men moet dan hard kunnen maken dat het potentiële kind een belang heeft bij zijn eigen niet-bestaan.

In het Baby Kelly-arrest<sup>21</sup> is de wrongful life-claim door de Hoge Raad erkend. Kelly vorderde een schadevergoeding voor haar ernstig gehandicapte leven, terwijl, als haar ouders tijdens de zwangerschap op de hoogte waren van de genetisch bepaalde handicaps, zij Kelly hadden laten aborteren. Kelly had dus schade omdat ze eigenlijk niet had moeten bestaan. Hoewel in het Nederlandse recht een juridisch belang bij niet-bestaan erkend is in het Baby Kelly-arrest, is het niet vanzelfsprekend dat de toekomstige kinderen die het risico lopen slachtoffer te worden van onverantwoord ouderschap ook een dergelijk belang hebben.

Ten eerste is de erkenning van dit belang zeer omstreven. Op internationaal niveau bestaat er geen consensus. Zo is de wrongful life-claim afgewezen in onder meer Verenigd Koninkrijk<sup>22</sup>, Duitsland<sup>23</sup> en Oostenrijk<sup>24</sup>. In Frankrijk, waar het in de Perruche-zaak<sup>25</sup> aanvankelijk erkend is, is de situatie met een wetswijziging teruggedraaid. Nederland is een van de weinige landen waar een wrongful life-claim wel erkend is. Echter, niet zonder slag of stoot. Zo kan men de vraag

---

<sup>19</sup> In de initiatiefnota wordt erkend dat artikel 19 IVRK geen werking zal hebben voor een toekomstig kind en dat het geen zelfstandige grond kan bieden voor gedwongen anticonceptie.

<sup>20</sup> Op grond van art. 3 IVRK moeten de belangen van het kind voorop staan in beslissingen betreffende het kind. Hoewel het onduidelijk is of toekomstige kinderen onder de reikwijdte van het verdrag vallen, is het relevant om de belangen van het toekomstige kind in deze casus verder uit te werken.

<sup>21</sup> HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*).

<sup>22</sup> *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 1 QB 1166.

<sup>23</sup> BVerfGE 88, 203 (296).

<sup>24</sup> Öst OGH JBI 2008, 521.

<sup>25</sup> Cass. Ess. Plen. 17 November 2000, JCP 2000, II, 10438, p. 2293 (*Perruche*).



stellen of enkel de handicaps aangemerkt moeten worden als de vergoedbare schade of dat het hele bestaan een schadepost is.<sup>26</sup> Bovendien, als het hele leven vergoed moet worden, kan men dan wel een vergelijking maken tussen een gehandicapt bestaan en een niet-bestaan?<sup>27</sup> Naast deze praktische vragen kan tegen de wrongful life-claim aangevoerd worden dat de erkenning dat sommige mensen een belang hebben bij hun eigen niet-bestaan in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid.<sup>28</sup> Er wordt immers in feite gezegd dat het gehandicapte leven minder waard is dan het niet-bestaan.<sup>29</sup> Kortom, ondanks dat het erkenning heeft gekregen in het arrest van de Hoge Raad, kan zelfs in de meest ernstige gevallen een belang bij niet-bestaan niet zomaar aangenomen worden wegens zijn controverse,

Als het al twijfelachtig is om dit belang te erkennen in het geval van Baby Kelly<sup>30</sup>, dan geldt dat a fortiori voor de toekomstige kinderen die mogelijk slachtoffer worden van onverantwoord ouderschap. Is de gevreesde situatie, de mogelijkheid dat het kind geboren wordt in een probleemgezin en vervolgens terecht komt in een molen van kinderbeschermingsmaatregelen of weggehaald wordt bij de ouders, erger dan niet-bestaan? Zouden deze kinderen later werkelijk zeggen dat ze liever helemaal niet geboren waren?<sup>31</sup> Een belang bij niet-bestaan wordt in deze casus snel aangenomen, terwijl de initiatiefnota niet stilstaat bij een belang bij leven. Men zou kunnen zeggen dat de toekomstige kinderen waar het in de initiatiefnota om gaat, nog nooit geleefd hebben en het leven niet kunnen missen. Om die reden zou hun belang bij hun bestaan niet meegewogen hoeven te worden. Echter, ten eerste strookt deze opvatting niet met de lijn van de initiatiefnota; het leven is immers een voorwaarde om rechten uit te oefenen of belangen te hebben. Hoe kan men iemand rechten of belangen toekennen zonder hem of haar een belang bij zijn of haar eigen leven toe te kennen? Daarnaast, moeten we er sowieso niet vanuit gaan dat,

---

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld de conclusie van P-G Hartkamp bij het arrest: HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), overweging 52

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld het advies van P-G Hartkamp bij het arrest: HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), overwegingen 22, 50-52 en S. Kortmann, "Schadevergoeding voor het leven", *RM Themis* 2004, nr. 4 p. 205-206.

<sup>28</sup> HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), conclusie P-G Hartkamp, overweging 20

<sup>29</sup> De HR ontkent dit expliciet, maar impliciet wordt deze veronderstelling wel aangekomen, zie B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 324-325.

<sup>30</sup> Kelly Molenaar was geboren met ernstige geestelijke en lichamelijke handicaps, kon niet zonder medische hulp, kon niet praten of zichzelf uitdrukken behalve door te huilen en had veel pijn.

<sup>31</sup> Dezelfde vraag werd gesteld voor de dochter van Tineke Geessink, die op haar 63<sup>e</sup> moeder werd. Zie: M. van Dijk, 'Oude moeder heeft de toekomst; filosofisch elftal', *Trouw* 30 maart 2011, p. 8.

zonder een recht op leven te erkennen, iedereen voor zijn geboorte in ieder geval een belang bij het leven heeft, als vanuit het oogpunt van menselijke waardigheid gesteld kan worden dat ieder leven het waard is om geleefd te worden?

Naast de controverse is er nog een tweede beperking die het Baby Kelly-arrest met zich meebrengt voor de erkenning van een belang bij niet-bestaan. De Hoge Raad nam de hypothetische situatie van het niet-bestaan als compensatiemaatstaf aan om de schade te begroten. In die zin was er in dit arrest sprake van een juridisch belang bij Kelly's mogelijke niet-bestaan. Op deze manier probeerde de Hoge Raad tegemoet te komen aan de individuele dimensie van Kelly's menselijke waardigheid<sup>32</sup>; via deze constructie kon haar immers een schadevergoeding toegewezen worden die haar in staat stelde haar leven op een zo waardig mogelijke wijze te leven. Was haar een belang bij haar niet-bestaan ontzegd, dan had Kelly nooit de schadevergoeding gekregen. Anders gezegd, het belang bij niet-bestaan was in dit geval van belang ter verbetering van het leven van Kelly, voor zover dat mogelijk was.

In de initiatiefnota wordt het belang bij niet-bestaan op een andere wijze ingezet, namelijk ter legitimering van een inbreuk op de lichamelijke integriteit en zelfbeschikking van derden. Hierbij is er geen sprake van een hypothetische situatie die wordt ingezet om het beste van het leven te maken, maar van een aanname welke door anderen wordt opgelegd en daardoor harde werkelijkheid wordt. Het belang bij niet-bestaan wordt in het geval van gedwongen anticonceptie niet ingezet om een fout te herstellen, maar om te voorkomen dat er 'een fout' gemaakt wordt. In feite is het echter menselijk leven dat als fout wordt aangemerkt.

Tot slot moet de belangrijkste reden waarom de Hoge Raad erkende dat Kelly een belang had bij haar niet-bestaan niet vergeten worden; haar handicaps waren inherent aan haar leven. Van een leven zonder handicaps en dus zonder schade is nooit sprake geweest en om die reden werd het hele leven als schadepost aangemerkt door de Hoge Raad. In het geval van onverantwoord ouderschap is het mogelijke slachtofferschap niet inherent aan het leven van het kind. De schade is immers de falende opvoeding<sup>33</sup> en niet het feit dat het kind met bepaalde ouders geboren is. De kans mag dan als aanmerkelijk worden gezien, het blijft een verwachting. Hoewel het natuurlijk niet de meest ideale situatie is, kan de kindbescherming ingrijpen om deze kinderen een zo

---

<sup>32</sup> B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 325.

<sup>33</sup> Hier wordt puur ingegaan op de falende opvoeding en niet de mogelijkheid dat het kind gezondheidsschade oploopt door drank- en drugsgebruik tijdens de zwangerschap.

goed mogelijk leven te bieden. In ieder geval staat het slachtofferschap zelf en de omvang ervan niet vast en kan er dus niet gesproken worden van een belang bij niet-bestaan.

### **De objectieve standaard**

Een beroep op de rechten of op de belangen van het toekomstige kind kan gedwongen anticonceptie niet rechtvaardigen. Wat bovendien op de achtergrond meespeelt, is de vraag of het wenselijk is dat de overheid gaat bepalen welk leven het waard is om geleefd te worden. Dit punt is relevant omdat het de legitimiteit van de anticonceptiemaatregelen ter discussie stelt. De gedwongen anticonceptiemaatregelen om een maatstaf van menswaardig leven, een antwoord op de vraag welk leven wel en welk leven niet geleefd zou moeten worden. De initiatiefnota impliceert dat als kinderen in een dergelijke – uitzonderlijke - situatie geboren worden, ze beter niet kunnen bestaan. Deze aanname druist in tegen de opvattingen van collectieve of universele menselijke waardigheid; elk menselijk leven is het waard om geleefd te worden.

Uiteraard is het zo dat aan ongeboren kinderen, verwekt en niet verwekt, niet dezelfde menselijke waardigheid toegekend kan worden als aan een geboren kind. In het geval van het embryo wordt er gesproken van menselijk leven dat een bepaalde mate van bescherming toekomt.<sup>34</sup> Op basis waarvan nog te verwekken kinderen enige mate van bescherming wordt toegekend, is nog onduidelijk. De crux is het feit dat er een invulling wordt gegeven aan de vraag wat een menswaardig bestaan is. In zoveel woorden wordt er gezegd dat geboren worden in een probleemgezin en een jeugd die beheerst wordt door kinderbeschermingsmaatregelen in de meest extreme gevallen voorkomen dient te worden, waarbij ieder middel ingezet moet kunnen worden. Deze levens zouden niet moeten plaatsvinden, waarna de link met eugenetica snel gelegd is. Hoewel de maatregel niet op basis van ras wordt opgelegd, wordt er wel bepaald welk type mens zich wel of niet mag voortplanten. Hier ontkomt men niet aan zodra er gebruik gemaakt wordt van een objectieve maatstaf zoals in de initiatiefnota.<sup>35</sup>

Uit de woorden van Piret naar aanleiding van zijn bespreking van de Baby Kelly-zaak blijkt dat als we een belang bij niet-bestaan erkennen en het leven als schade rekenen, we een objectieve maatstaf nodig hebben of in ieder geval een idee over wat waardig leven betaamd. Zo spreekt de rechtsfilosoof onder andere over “een toestand waarvan *redelijkerwijze dient aangenomen te*

---

<sup>34</sup> Embryowet, kamerstukken II, 2000-2001, 27423, nr. 3.

<sup>35</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 405, nr. 2, p. 8.

worden dat nooit geboren zijn verkiesbaar ware geweest boven de conditie waarin de persoon verkeerd”.<sup>36</sup> Hiermee wordt er echter geen oordeel uitgesproken over de waarde van het leven, maar er wordt volgens Piret enkel gesteld dat het leven onder bepaalde condities beter nooit had kunnen beginnen. Dit impliceert mijns inziens nog steeds een waardeoordeel over het leven; er worden immers voorwaarden gesteld op basis waarvan bepaald kan worden welk leven wel en niet zou moeten beginnen.

Toch is het gebruik van een objectieve maatstaf in vraagstukken over leven en dood ons niet vreemd, blijkt uit een vergelijking met euthanasiewetgeving in Nederland.<sup>37</sup> Echter, een cruciaal verschil in deze casus is dat het oordeel van de betrokkene zelf een belangrijke rol blijft spelen over de eventuele toepassing. Wie om euthanasie verzoekt, heeft zelf een oordeel over de waarde van zijn leven kunnen vormen. Aan hem wordt geen waardeoordeel over hun leven opgelegd, in tegenstelling tot toekomstige kinderen die een belang bij niet-bestaan toegedicht krijgen.<sup>38</sup> In hun geval zijn het enkel derden die bepalen of hun leven wel of niet genoeg waarde heeft. Een terughoudende opstelling lijkt mij daarom passend. Zeker nu in feite de overheid gaat bepalen wie zich wel mag voortplanten en wie niet. En hoewel de initiatiefnota zich wil beperken tot de meest extreme gevallen, worden er ook al vragen gesteld over de wenselijkheid van een zwangerschap bij junks of verstandelijk gehandicapten. Als de overheid überhaupt al deze vraag mag beantwoorden, waar trekken we de dan de grens?

### Ongelijke behandeling

Tot slot moet men zich ook afvragen of de gedwongen anticonceptiemaatregelen niet leiden tot ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen.<sup>39</sup> Wie krijgt de maatregel opgelegd? In de enkele voorbeelden uit de initiatiefnota, gaat het 6 van de 8 keer om de moeder die de spil van

---

<sup>36</sup> J.M. Piret, “Het eigen leven als schade. Rechtsfilosofische overwegingen bij wrongful life”, in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof pers 2006, p. 120. Arcering door auteur.

<sup>37</sup> Een van de zorgvuldigheidseisen voor gerechtvaardigde euthanasie is dat er sprake is van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patient. Het is niet aan de patient om te bepalen of hiervan sprake is, maar aan de arts. Zie ook: G.A. den Hartogh, “schadevergoeding voor het leven?”, in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatige leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 71. Den Hartogh vergelijkt de wrongful life vordering van het baby Kelly arrest met euthanasie.

<sup>38</sup> Zie voor de verdere discussie B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 327.

<sup>39</sup> Dit onderwerp wordt ook aangehaald in kamervragen. Zie niet-dossierstuk 2010-2011, nr. 2011D18638, vragen 11, 21, 25, 30, 76.

het probleem is. In de overige twee gevallen betrof het beide ouders. Het is disproportioneel om beide ouders te dwingen tot anticonceptie als een (tijdelijk) onvruchtbare ouder volstaat. Zal het in de praktijk het niet voornamelijk de moeder zijn, gezien het feit dat zij de drager van het kind is en mogelijk de spil van het gezin vormt?

## **Conclusie**

Het bovenstaande samenvattend lijkt mij onderliggende argumentatie, namelijk de bescherming van de rechten van het toekomstige kind, ter rechtvaardiging van gedwongen anticonceptie niet houdbaar. Niet alleen kan er geen sprake zijn van rechten zolang het kind niet geboren is en dus niet over rechtssubjectiviteit beschikt. Ook is het niet wenselijk dat het beroep op de rechten resulteert in het feit dat het kind nooit zal komen te bestaan.

Het is daarom misleidend om de status van het toekomstige kind te formuleren in termen van rechten in plaats van belangen. Uitgaand van de belangen van het nog onverwekte kind wordt er in feite gesteld dat het kind meer belang heeft bij niet-bestaan dan bij het verwachte bestaan. Deze stelling lijkt mij te voorbarig, niet alleen nu het een verwachting betreft. Werd het belang bij een eigen niet-bestaan al twijfelachtig gevonden in het geval van Kelly, dan zal het zeker nog twijfelachtiger zijn in dit geval. Zeker nu de schade niet vaststaat omdat het niet inherent aan het leven is en daarom ook drastisch te beperken is.

De belangen van het toekomstige kind kunnen een dergelijke inbreuk op de lichamelijke integriteit van de potentiële ouders in ieder geval niet rechtvaardigen. Daarnaast dient nader onderzocht te worden in hoeverre de maatregelen op zichzelf niet onrechtmatig zijn, als het mogelijk tot ongelijke behandeling van vrouwen leidt en als het toestaat dat de staat bepaalt wie wel en wie niet kinderen mag krijgen. Deze laatste punten verdienen nader onderzoek.

In ieder geval blijft het moeilijk om gehoor te geven aan de abstracte belangen van een niet-bestaand kind, zeker als deze worden afgezet tegen de concrete rechten van een bestaand individu. Uiteraard is het zeer schrijnend als ouders keer op keer een nieuw kindje krijgen dat direct na de geboorte weggehaald wordt, maar een praktische oplossing, als het voorstel uit de initiatiefnota, gaat voorbij aan onderliggende waarden als menselijke waardigheid of het recht op voortplanting. Over de vraag of de gedwongen anticonceptiemaatregel überhaupt haalbaar is, laat

ik me hier niet uit; er moet in ieder geval gezocht worden naar een sterkere rechtvaardiging, nu de abstracte status van het toekomstige kind het in dit geval niet kan rechtvaardigen.